Corsi di ampliamento dell'offerta formativa: sono convenzioni o contratti?

Data: 25/10/2019
Area Tematica: Autonomia gestionale e finanziaria
Argomenti: Acquisti/forniture/contratti: procedura di gara

Keywords:
#pbb #affidamento #convenzione #appalto #tupi #associazione #prestazione #rotazione #contratto #professionista #mercato

Domanda

Sono una DSGA FF dal 1° settembre in un istituto di Istruzione superiore composto da liceo sportivo, linguistico internazionale, scienze applicate e ITC. Per tenere corsi di ampliamento dell'offerta formativa siamo soliti stipulare delle Convenzioni con associazioni no profit che ci assicurano un servizio. Alcuni esempi: ci forniscono un insegnante di tiro con l'arco, un insegnante di canto per il coro d'istituto, un madrelingua per un corso di potenziamento linguistico, ecc...
Alcune convenzioni sono dei veri e propri contratti con tanto di CIG, condizioni economiche come numero di ore e costo orario delle prestazioni e mi chiedo quanto sia lecito chiamarle convenzioni. Altre invece prevedono un rimborso spese per un servizio.
Mi chiedo quale sia la normativa sulle convenzioni, quando si stipula una convenzione e non un contratto, quali regole seguano, se vale il principio di rotazione o l'Istituto può stipulare convenzioni con qualsivoglia associazione del territorio senza alcuna procedura comparativa o semplicemente senza assicurare a tutte a possibilità di accesso a tali procedure.
Ringrazio fin da ora per la risposta.

Risposta

Si potrebbe rispondere in breve: le convenzioni sono contratti, né il termine utilizzato è rilevante. Né più, né meno; ne deriva che occorre selezionare i contraenti tramite il codice appalti o altre forme di evidenza pubblica.
Quanto al profilo fiscale, da tempo l'Agenzia Entrate ha stabilito che non esistono "rimborsi spese" generici, ma solo a pie' di lista: ne consegue che, a prescindere dal regime fiscale del percipiente, l'associazione non potrà utilizzare le etichette "rimborso spese" o "quota associativa" quando in realtà sta fornendo una prestazione di servizi.

Più nel dettaglio.

Preliminarmente è necessario capire quando, in presenza di società tra professionisti, associazioni tra professionisti o altre persone giuridiche, si debba ricorrere ad una gara d'appalto (disciplinata dal codice dei contratti pubblici D.lgs. 50/2016), ovvero, si possa fare ricorso al TUPI (ex art. 7, comma 6, TU Pubblico Impiego) come se si trattasse di persone fisiche.
In presenza di partecipanti-persone fisiche, infatti, ben si può utilizzare la più celere e semplice procedura del TUPI.
In presenza di persone giuridiche, la regola vuole l'applicazione della disciplina e dei principi di cui al D.lgs. 50/2016.

Infatti, se la scelta della procedura ad evidenza pubblica di cui al D.Lgs 50/2016 non lascia dubbi circa la possibilità di partecipazione anche di società (i.e. persone giuridiche, ivi comprese le associazioni sportive dilettantistiche), non può dirsi altrettanto per la procedura di reclutamento di figure esterne all'amministrazione, prevista dall' art. 7, comma 6 del Testo Unico sul Pubblico Impiego.

Occorre chiedersi se esse siano abilitate a partecipare alle sole gare d'appalto, oppure, possano anche essere scelte quali esperti esterni ex art. 7, comma 6, D.lgs. n. 165/2001.

Poiché nell'ambito del codice dei contratti pubblici sfuma la differenza tra contratto d'opera professionale (e non) e contratto d'appalto, contemplata dai canoni civilistici, qual è il criterio per distinguere se fare ricorso alla procedura ad evidenza pubblica o all'ausilio di un esperto esterno ex art. 7, posto che in entrambi i casi il professionista, anche organizzato ad esempio in un'associazione, può partecipare? Come si sa, le caratteristiche dei due procedimenti sono molto diverse, la prima è fortemente garantista dei principi di pubblicità e concorrenza, la seconda lascia più margine di libertà alla PA.

Della distinzione tra appalto di servizi ed incarico professionale si è occupata la Corte dei Conti, sez. regionale di controllo per la Regione Lombardia nel parere n. 51 del 15/2/2013, la quale ha evidenziato che "le norme in tema di appalto si palesano nelle ipotesi in cui il professionista si sia obbligato a strutturare una stabile organizzazione per l'esecuzione della prestazione, mentre la carenza di tale requisito derivante dall'unicità, dalla singolarità e puntualità dell'incarico, nonché dalla determinatezza dell'arco temporale in cui si deve svolgere la prestazione professionale, inducono a qualificare il caso di specie quale contratto di prestazione d'opera e dunque quale consulenza e/o collaborazione autonoma".

Il medesimo criterio distintivo, poi, è stato utilizzato con riferimento all'affidamento di servizi legali dalla giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 11 maggio 2012 n. 2730), la quale ha accolto l'interpretazione già indicata da questa Autorità nella deliberazione n. 4 del 14 gennaio 2010 e nella determinazione n. 4 del 7 Luglio 2011. […] il servizio legale, per essere oggetto di appalto, richiede un elemento di specialità, per prestazione e per modalità organizzativa, rispetto alla mera prestazione di patrocinio legale. L'affidamento di servizi legali è, a questa stregua, configurabile allorquando l'oggetto del servizio non si esaurisca nel patrocinio legale a favore dell'Ente, ma si configuri quale modalità organizzativa di un servizio, affidato a professionisti esterni, più complesso e articolato, che può anche comprendere la difesa giudiziale ma in essa non si esaurisce".

Alla luce della ricostruzione svolta, si potrebbe ricavare il seguente principio: per intuire se si debba far ricorso all'appalto pubblico (Codice degli appalti) o se si possa procedere con l'affidamento di un incarico esterno (TUPI), non importa che la prestazione venga resa da un professionista intellettuale organizzato in società, associazione, da un prestatore d'opera, ovvero, da una persona fisica. Ciò che conta è la prestazione che si richiede: se questa è caratterizzata da un servizio connotato da una certa stabilità e continuità, da una importante organizzazione di mezzi, a carico dell'operatore economico, allora si dovrà far ricorso al codice dei contratti pubblici, essendo invece vietato il ricorso al TUPI. Qualora la prestazione sia connotata, più che dalla episodicità, dal prevalente elemento intellettuale (a scapito di quello organizzativo), allora sarà congruo il ricorso al Testo Unico Pubblico Impiego.

Se, come nel caso di specie, il contratto è stipulato con una Associazione dilettantistica si tratterà di un appalto di servizi con necessità della richiesta del CIG. (Smart CIG in caso di contratto di valore inferiore ai 40.000 euro). Se, invece, il contratto fosse stipulato direttamente con il formatore si potrebbe ricorre ad un contratto di prestazione d'opera professionale con conseguente esenzione dalla normativa sulla tracciabilità. (cfr in tal senso le Linee Guida Anac sulla tracciabilità).

Nel caso dei due servizi oggetto del quesito, si deve evidenziare che il valore degli stessi 1.500 il primo e 4.200 il secondo, permette all'Istituto di procedere senz'altro all'affidamento diretto come previsto dall'art. 36 comma secondo lettera a) del Dlgs. 50/2016 e dall'art. 45 comma secondo lettera a) del Decreto Interministeriale 28 agosto 2018, n. 129, avente ad oggetto il "Regolamento recante istruzioni generali sulla gestione amministrativo-contabile delle Istituzioni Scolastiche, ai sensi dell'articolo 1, comma 143, della legge 13 luglio 2015, n. 107", pubblicato in G.U.R.I. GU n. 267 del 16 novembre 2018.

Come specificato nella Circolare MIUR n. 74/2019, "[…] il nuovo regolamento, prendendo in considerazione il peculiare contesto di riferimento delle istituzioni scolastiche, ha fissato a 10.000 euro, anziché a 2.000 euro come precedentemente previsto dal D.I. 44/2001, la soglia entro la quale il dirigente scolastico può operare mediante il ricorso agli affidamenti diretti in piena autonomia, senza necessità di un intervento preventivo del Consiglio d'istituto, nel rispetto ovviamente delle disposizioni normative vigenti".

Si precisa che le Linee Guida A.N.AC. n. 4, recanti "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici", approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016 e aggiornate al Decreto Legislativo 19 aprile 2017, n. 56 con delibera del Consiglio n. 206 del 1 marzo 2018 (a seguire, anche "Linee Guida A.N.AC. n. 4") prevedono che, in ottemperanza agli obblighi di motivazione del provvedimento amministrativo, l'Istituzione possa ricorrere alla comparazione dei listini di mercato, di offerte precedenti per commesse identiche o analoghe o all'analisi dei prezzi praticati ad altre amministrazioni, o se ritenuto opportuno, al confronto dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici.
Tale modus operandi rappresenta una best practice a cui si raccomanda di conformarsi, anche al fine di garantire il rispetto del principio di concorrenza.
Per affidamenti di modico valore, ad esempio inferiori a 1.000 euro, o per affidamenti effettuati nel rispetto di apposito regolamento già adottato dalla stazione appaltante, che tiene conto dei principi comunitari e nazionali in materia di affidamento di contratti pubblici, la motivazione della scelta dell'affidatario diretto può essere espressa in forma sintetica, anche richiamando il regolamento stesso nella determina ovvero nell'atto equivalente redatti in modo semplificato.

Con riferimento ai principi che informano la procedura di scelta del contraente, si precisa che in ossequio al principio di rotazione espressamente sancito dall'art. 36, comma 1° del Codice, e delineato nelle Linee Guida A.N.AC. n. 4, è di norma vietato l'affidamento nei confronti del contraente uscente e dell'operatore economico invitato e non aggiudicatario nel precedente affidamento.
Si precisa che, come stabilito dalle Linee Guida A.N.AC. n. 4, il principio di rotazione degli affidamenti si applica con riferimento all'affidamento immediatamente precedente a quello di cui si tratti, nei casi in cui i due affidamenti, quello precedente e quello attuale, abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero ancora nello stesso settore di servizi.
Il rispetto di tale principio fa sì che l'affidamento al contraente uscente (o all'operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento) abbiano carattere eccezionale e richiedano un onere motivazionale stringente.

In particolare, l'Istituzione deve motivare il ri-affidamento all'uscente in considerazione o della riscontrata effettiva assenza di alternative, del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e in ragione della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento, anche tenendo conto della qualità della prestazione.
La motivazione circa l'affidamento al candidato invitato alla precedente procedura selettiva, e non affidatario, deve tenere conto dell'aspettativa, desunta da precedenti rapporti contrattuali oda altre ragionevoli circostanze, circa l'affidabilità dell'operatore economico e l'idoneità a fornire prestazioni coerenti con il livello economico e qualitativo atteso.
In ogni caso, la rotazione non si applica laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal Codice dei contratti pubblici ovvero dalla stessa in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi, non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione.
Negli affidamenti di importo inferiore a 1.000 euro, è consentito derogare al principio di rotazione, con scelta, sinteticamente motivata, contenuta nella determinazione a contrarre o in atto equivalente.

I contenuti di questo sito sono riservati; non è ammessa la loro ulteriore comunicazione, diffusione o pubblicazione (a titolo esemplificativo e non esaustivo, la diffusione su altri siti internet o attraverso testate giornalistiche) se non dietro esplicita autorizzazione della Direzione.